

EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Vitor Lopes Varella¹

RESUMO

Analisa-se o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais nos diferentes momentos históricos, de modo a compreender sua eficácia nas relações humanas. Abordam-se as principais teorias a respeito da aplicação dos direitos fundamentais, avaliando a posição dos tribunais constitucionais em países estrangeiros, bem como do Supremo Tribunal Federal. Conclui-se que, no Brasil, os direitos fundamentais incidem diretamente tanto nas relações verticais, como nas horizontais.

Palavras-Chave: Autonomia privada. Direitos fundamentais. Relações privadas. Constituição Federal.

THE HORIZONTAL EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

This article analyzes the development of the fundamental rights theory in different historical moments, in order to understand its effectiveness in human relations. Also, the main theories regarding the enforcement of fundamental rights, perceiving the positions of foreign constitutional courts, as well as the Supreme Federal Court. In Brazil, the fundamental rights have direct incidence in vertical and horizontal relations.

Keywords: Private autonomy. Fundamental Rights. Private relations. Federal Constitution.

¹ Aluno da UNI-RN. E-mail: vitorlovarella@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O avanço social implica também no avanço jurídico. À medida que as concepções, os valores e os fatos sociais se modificam, a ordem jurídica, por vezes tardiamente, por outras antecipando as mudanças, se adequa à nova realidade social. O desenvolvimento das relações humanas, portanto, nem sempre são acompanhadas prontamente de atuação legislativo. No entanto, o direito é maior do que a lei, e é cada vez mais patente que há valores essenciais na sociedade que se sobrepõem à lei e ao contrato.

Os valores essenciais da sociedade são positivados na ordem constitucional. São os direitos fundamentais que embasam a ordem democrática, a dar-lhe pleno valor. Na democracia, o Estado é apenas uma das partes, sendo certo que também há relações de poder na esfera privada.

As relações particulares, portanto, são também relações de poder. E onde há poder, há a possibilidade de abuso. A concepção liberal clássica, muito forte em países como Estados Unidos, prega a regulação autônoma das relações privadas. Para seus defensores, quando dois particulares decidem realizar um negócio jurídico, não há entre eles hierarquia e, portanto, não há desigualdade. Nesse contexto, não caberia ao Estado intervir, sob risco de atentar contra o direito à liberdade.

Ocorre que, ao passar do tempo, como é recorrente, as relações sociais avançaram, e cada vez mais, surgiram verdadeiros poderes privados. Surgiram, por exemplo, os contratos de adesão, em que o contratante não tinha a possibilidade de discutir as cláusulas contratuais. Ademais, a Revolução Industrial trouxe à tona novas realidades contratuais e trabalhistas. Pessoas que eram exploradas, mas que, por terem contratado com particulares, não tinham seus direitos fundamentais assegurados, apenas o direito à liberdade de contratar.

No entanto, ao impor sua vontade à outra parte, o particular despe-lhe de sua liberdade. É quando vem o direito, para adequar-se à nova realidade, e garantir direitos isonômicos, de igualdade. A liberdade, portanto, não pode ser absoluta, tem que se adequar aos outros direitos inerentes ao ser humano.

Ao promulgar uma Constituição, o país positiva os valores mais importantes da sociedade, de modo que todo o ordenamento deverá respeitá-los. A ordem constitucional confere aos indivíduos uma série de direitos que fazem deles seres dignos. Em um exercício básico de lógica: é sem sentido garantir direitos aos atores sociais se eles só forem oponíveis ao Estado.

Fala-se, então, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Significa que eles, além de informar o ordenamento jurídico e servir de fonte interpretativa para o legislador, incidem diretamente sobre todas as relações, sejam públicas ou privadas. No Brasil, a Constituição Federal confere eficácia imediata aos direitos fundamentais, não isentando o particular de respeitá-los.

Em termos práticos, é preciso encontrar mecanismos para impedir que haja, por exemplo, discriminação de qualquer natureza no ambiente de trabalho, abusos do direito de contratar, exclusão de associado sem direito a ampla defesa, entre outras formas de atentar contra os direitos fundamentais. Há que ter em mente que os direitos que derivaram do liberalismo clássico devem ser respeitados. Sua não observância seria voltar aos tempos do abuso da autoridade estatal e de cerceamento da liberdade. Os direitos fundamentais não tem hierarquia. Eles são aplicáveis, cada um, imediata e diretamente. Daí a importância de analisar a incidência dos direitos fundamentais na esfera privada. As relações intersubjetivas estão permeadas de conflitos entre direitos, aos quais deve ser aplicada uma solução juridicamente adequada, a qual, por muitas vezes, esbarra na problemática da eficácia externa dos direitos fundamentais.

A teoria da eficácia horizontal não é unânime. Em diversos países, adotam-se diversas teorias de eficácia dos direitos fundamentais. Nos Estados Unidos, por exemplo, os direitos fundamentais não incidem nas relações privadas, a não ser que o ente particular pratique uma atividade tipicamente estatal. Esta é a doutrina do *state action*.

Já na Alemanha, por exemplo, utiliza-se majoritariamente a teoria da incidência indireta ou mediata. Significa que os direitos fundamentais tem aplicabilidade nas relações particulares mediante intervenção legislativa. O legislador deve ter em conta os direitos fundamentais no momento de editar a norma. Desse modo, os direitos fundamentais irão orientar a interpretação do ordenamento, numa função chamada “irradiante”.

Em Portugal a Constituição Republicana já integra previsão de incidência dos direitos fundamentais às entidades públicas e privadas. Portanto, naquele país, havendo lei que disponha restringindo direitos constitucionalmente garantidos, o juiz deve julgar contra ela, aplicando diretamente os direitos fundamentais.

No Brasil a previsão de eficácia direta não é expressa, mas decorre da interpretação constitucional. Cabe, portanto, analisar o posicionamento doutrinário e, sobretudo, do Supremo Tribunal Federal, para que se possa chegar a uma conclusão sobre a possibilidade da aplicação da teoria da eficácia direta.

O tema, pois, é de grande discussão no mundo jurídico, seja o brasileiro, seja no direito comparado. A doutrina de cada país tenta adequar aos valores de seu ordenamento a teoria adequada quanto à incidência dos direitos fundamentais. Ao analisarem-se os posicionamentos dos Tribunais Constitucionais internacionais, é possível obter uma nova perspectiva para a problemática da eficácia horizontal no direito brasileiro.

2 AUTONOMIA PRIVADA

Ao por abaixo o regime de monarquia absolutista, a Revolução Francesa teve como consequências a submissão do monarca ao ordenamento jurídico, e a implementação dos direitos decorrentes da liberdade, um dos pilares da revolução. Nasciam, pois, os direitos fundamentais.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, inclusive, em seu célebre artigo 16 proclama que “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. A partir de então, reconhecem-se os direitos de primeira dimensão, aqueles que visam a garantir a liberdade dos cidadãos e da sociedade, entre eles, “os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade de todos perante a lei (...) e os direitos políticos.” (JÚNIOR, 2010, p.584). À medida que dialética histórica toma seu curso, que passa-se do liberalismo ao Estado Social, até culminar no Estado Democrático de Direito, a liberdade possui diferentes concepções.

Para os liberais clássicos, a liberdade não passa de direitos que garantam o poder do cidadão sobre suas propriedades e seus desígnios existenciais (autonomia privada). Havia, portanto, a ideia de que a liberdade na esfera privada era “poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem”, conforme o artigo 4º da Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão. Além disso, tratava-se de uma resposta ao poder do Estado, que havia por tantos anos oprimido as liberdades individuais, e, por conseguinte, uma forma de impedir o intervencionismo estatal. A esta concepção de liberdade pautada na autonomia privada, idealizada principalmente por John Locke no fim do século XVII, J.J. Gomes Canotilho chama de “individualismo possessivo”. O constitucionalista português, sobre este assunto, assevera que “Esta concepção de individualismo possessivo influenciará, em parte, decisivamente, a *teoria liberal* dos direitos fundamentais que os considerará sempre como *direitos de defesa* do cidadão perante o Estado, devendo este abster-se da invasão da autonomia privada” (CANOTILHO, 2011, p. 384).

No liberalismo clássico imperava a concepção de que a *pacta sunt servanda*, princípio que confere ao contrato a eficácia de lei entre as partes, era imutável, não havendo, por conseguinte, a ideia de função social do contrato. Havia a percepção equivocada de que as partes privadas possuíam, ao contratar, igualdade de condições, motivo pelo qual elas não podiam se abster de cumprir o contrato. A exacerbação da aplicação da autonomia privada ocasionou, no entanto, uma grande falta de liberdade, uma vez que a liberdade contratual só existe se houver uma garantia mínima de igualdade entre as partes. Com o princípio do *pacta sunt servanda* elevado a seu extremo, alguns contratos começavam a possuir cláusulas abusivas, que, no sistema vigente, deveriam ser cumpridas à risca. Nas palavras de Thiago Luís Santos Sombra:

A partir da premissa de que a concepção clássica de contrato está impreterivelmente vinculada à doutrina da autonomia privada, ao Estado Liberal competia tão somente assegurar a proteção da vontade criadora das partes, bem como conferir guarida aos efeitos jurídicos por ela desejados, sem a pretensão de investigação da real situação econômica e social de cada contratante (SOMBRA, 2011, p.15-16).

A crise no liberalismo foi também uma crise desta concepção de liberdade, a qual tomou novos contornos no momento seguinte. Há, no Estado Social, uma percepção de liberdade coletiva, o direito do povo de interferir nas decisões do Estado, dando-se menor importância, não obstante, às liberdades privadas. Daí o grande poder intervencionista do aparato estatal, que interferia na esfera privada e econômica, inclusive na liberdade de contratar, surgindo o instituto do dirigismo contratual.

Se no Estado liberal a liberdade era pautada na autonomia privada, e no Estado social, na soberania popular, no Estado Democrático de Direito, unem-se ambas as concepções. No Brasil, a Constituição democrática de 1988 não dá espaço para uma interpretação maniqueísta da liberdade. Ou seja, que há liberdade apenas quando o indivíduo é livre para fazer as escolhas da sua vida privada, e quando ele é livre para participar no processo democrático.

Assim sendo, neste processo de democratização, surge a ideia de que, para haver liberdade, inclusive na esfera privada, é necessário que seja garantido o mínimo de paridade entre os contratantes e condições básicas de proteção dos direitos considerados indisponíveis pela constituição. Se a Constituição dá tanta ênfase aos direitos fundamentais, considerando-os cláusulas imutáveis, não basta tutelá-los contra ameaças cometidas pelo poder público, mas também impedir que eles sejam feridos por um particular. Daí a ideia da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sendo sempre balanceados com o

princípio da autonomia privada. Carlos Wagner Ferreira, em dissertação sobre o tema, preconiza que:

Com efeito, não se compreenderia uma sociedade e uma ordem jurídica em que o respeito aos direitos fundamentais do homem fosse procurado apenas nas relações com o Estado, sendo preciso também assegurar o respeito dos direitos fundamentais de cada particular em face dos demais particulares (FERREIRA, 2008, p.110).

A Constituição Federal confere aos direitos fundamentais eficácia imediata, consoante estabelece o artigo 5º§1º. Na ordem constitucional brasileira, portanto, parece ter sido dada pelo poder constituinte autorização para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não há convergência doutrinária acerca da definição de direito fundamental. Não obstante, grande parte dos estudiosos preconiza que sua conceituação passa pela estreita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, a qual “constitui o critério unificador de todos os direitos fundamentais” (JÚNIOR, 2010, p.540). Entretanto, essa definição dos direitos fundamentais com base na dignidade da pessoa humana, embora precisa quanto à maior parte dos direitos elencados na Constituição, é falha em relação aos que são conferidos a sujeito que não a pessoa humana. É o caso dos direitos dos partidos políticos, inscritos no artigo 17 da Constituição Federal, cujo conteúdo não é diretamente derivado da dignidade da pessoa humana.

Certo é que os direitos fundamentais se revestem da essência dos valores inerentes ao ser humano. Na análise de J.J. Canotilho (2011, p. 377), eles são “direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo.” Para o autor lusitano, os direitos fundamentais são os direitos do homem (direitos humanos) positivados na norma constitucional. Os direitos fundamentais são, em regra, de eficácia vinculante e imediata, enquanto os direitos do homem “são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”.

Para José Afonso da Silva, os direitos fundamentais tem algumas características que lhes são próprias. São elas: historicidade, uma vez que são desenvolvidos ao longo do tempo, surgindo em um momento histórico, ganhando importância em outro e perecendo posteriormente; inalienabilidade, pois não são disponíveis, sendo impossível sua

transferência; imprescritibilidade, pois não há prazo para que sejam exigíveis, não prescrevem com o tempo; e irrenunciabilidade, pois o indivíduo não pode renunciá-los.

Os direitos fundamentais obedecem o princípio da aplicabilidade imediata, não necessitando, via de regra, de mediação legislativa para surtirem seus efeitos. É o que se infere do artigo 5º, §1º da Constituição Federal. Paulo Gustavo Gonet Branco, sobre este dispositivo constitucional, assevera que:

Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. O art. 5º, §1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daquele (MENDES, 2009, p. 286).

Na Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais estão previstos, na sua maior parte, no título II, que se refere aos “direitos e garantias fundamentais”, embora nem todos estejam inseridos nesse título. O direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, direito de terceira geração, encontra-se no título VIII, que se refere à ordem social.

Além disso, a Constituição não veda o reconhecimento de novos direitos fundamentais não previstos expressamente nela. Inclusive, no artigo 5º §3º, há autorização para que novos direitos fundamentais sejam integrados à ordem constitucional. Assim proclama a norma: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Ademais, há, no texto constitucional, direitos fundamentais decorrentes de várias etapas do pensamento jurídico, desde os liberais até os transindividuais. No artigo 5º, são elencados os direitos e as garantias individuais e coletivos, os quais contêm a proteção à propriedade, à liberdade de pensamento, ao consumidor, ao direito de igualdade, ao direito de reunião, entre outros direitos de natureza individual e coletiva.

No artigo 6º e seguintes, a proteção é garantida aos direitos sociais, decorrentes do Estado Social, que, na Constituição de 1988, existem simultaneamente aos direitos de liberdade. Os direitos sociais são “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos

desamparados”. Em seguida, são elencados os direitos da nacionalidade, os direitos políticos e dos partidos políticos.

É interessante notar que os direitos fundamentais não são excludentes e se integram harmonicamente. Como observa José Afonso da Silva (2011, p. 184-185), “A Constituição, agora, fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas”.

Os direitos fundamentais, além de essenciais para o desenvolvimento das relações verticais e horizontais, são parte indissociável do Estado Democrático de Direito. A existência da democracia está condicionada à garantia dos direitos humanos fundamentais, que irão guiar a aplicação do princípio democrático em todos os âmbitos da sociedade.

Atesta, ainda, a importância dos direitos fundamentais o fato de que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, em que se garantem direitos humanos, tem eficácia supralegal. Isto significa que esses tratados possuem hierarquia superior à das leis, de modo que havendo conflito entre elas, aplica-se o tratado. É o que ocorreu quando o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 25, impossibilitando que o depositário infiel sofresse prisão civil por dívida, aplicando o pacto de São José da Costa Rica. Existe ainda a possibilidade de o tratado sobre direitos humanos ganhar status de norma constitucional, caso passe pelos trâmites inerentes à aprovação de emenda constitucional, conforme autoriza o artigo 5º§3º da Constituição.

4 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É de assente entendimento na doutrina constitucional que os direitos fundamentais, em suas características normativas e irradiantes, possuem duas dimensões, quais sejam, a subjetiva e a objetiva. A dimensão subjetiva foi teorizada durante o liberalismo, motivo pelo qual tem caráter individualista, à medida que serve de proteção ao indivíduo frente ao poder estatal. Trata-se de obrigações impostas ao estado, na relação com os cidadãos, de prestação ou abstenção. Se, por um lado, o Estado tem a obrigação positiva de prestar serviços de saúde por força constitucional (artigos 196 e ss da Constituição Federal), por outro o Estado tem uma obrigação negativa, de não proibir ou censurar as manifestações de pensamento (artigo 5º, IV da Constituição Federal). Desse modo, se o Estado se furta ilegalmente de cumprir alguma dessas obrigações, os direitos fundamentais são aplicáveis no seu caráter subjetivo, ensejando ao ofendido a prerrogativa de acionar judicialmente a entidade estatal.

Nota-se, portanto, que a dimensão subjetiva confere força normativa ao direito fundamental, sujeitando o Estado à prestação de uma obrigação de fazer ou não fazer. Canotilho (2011, p. 477), ao analisar as dimensões dos direitos sociais na Constituição Portuguesa de 1976, afirma que:

Com base na indiscutível dimensão subjetiva dos direitos ‘sociais’ afirma-se a existência de direitos originários a prestações quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos; (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.

Após o fim da segunda guerra mundial, o trauma do fascismo elevou a importância dos direitos fundamentais, principalmente na doutrina alemã. Deste modo, começou-se a pensar nos direitos fundamentais para além do individualismo, percebendo-os também como o conjunto dos valores essenciais de uma sociedade. Nas palavras de Daniel Sarmiento (2010, p. 105-106):

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política, constituindo, como afirmou Konrad Hesse ‘as bases da ordem jurídica da coletividade’.

Portanto, percebe-se que a dimensão objetiva foi concebida para juntar-se à subjetiva, uma vez que esta é englobada por aquela. Além de conferir ao Estado obrigações negativas e positivas, os direitos fundamentais tem função irradiante, de modo que todas as atividades normativas devem se guiar por seus preceitos.

A dimensão objetiva vincula, portanto, a administração pública e os particulares, seja garantindo liberdade, seja limitando direitos para assegurar os valores fundamentais da ordem constitucional. As obrigações do Estado vão além das impostas pela dimensão subjetiva, uma vez que ele tem o dever de “assegurar no mundo da vida as condições materiais mínimas para o exercício efetivo das liberdades constitucionais” (SARMENTO, 2010, p. 107). É de entendimento geral que o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, só pode ser observado se forem garantidas pelo aparato estatal as condições básicas de efetivação dos direitos fundamentais.

Para tal, a democracia dispõe de diversos mecanismos, inclusive com a atuação de órgãos não estatais, tais como Organizações Não Governamentais e entidades paraestatais, sempre objetivando concretizar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Além disso, a dimensão objetiva abarca também os direitos à proteção, que são, nas palavras de Robert Alexy (1993, p. 435), “los derechos del titular de derecho fundamental frente al Estado para que éste lo proteja de intervenciones de terceros.” Portanto, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, além de criar obrigações positivas e negativas para Estado em relação aos direitos do sujeito e de guiar a aplicação, interpretação e normatização do ordenamento jurídico, cria também o dever de o Estado proteger o direito fundamental do cidadão da ameaça de terceiros.

Os deveres de proteção, inclusive, foram parte da fundamentação do voto do Ministro Luiz Fux no julgamento que reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares. O ministro os entende como “direitos prestacionais em sentido amplo, por exigir uma atuação comissiva do Estado na garantia do regular exercício dos direitos fundamentais” (ADPF 132/RJ. Relator: Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJ 14/10/2011). Isso para acolher Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Governador do estado do Rio de Janeiro, pois se tratava de defesa pelo Estado contra “violação de direitos fundamentais inerentes à personalidade dos indivíduos que vivem sob orientação sexual minoritária.”

No caso citado, houve adequação ao direito à proteção, conquanto o Executivo buscou tutelar um direito fundamental de uma minoria, o qual estava sendo violado pela ordem infraconstitucional, em decorrência de interpretação falha dos dispositivos do Decreto-Lei 220/1975. Inobstante, cabe ao Judiciário intervir na proteção ao direito fundamental, no caso de omissão dos demais poderes. No dizer de Carlos Wagner:

A teoria dos deveres de proteção preserva a responsabilidade primária do legislador no cumprimento dos deveres de proteção dos direitos fundamentais, porém não descarta a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, na ausência de lei ou de cláusula geral aplicável. Mesmo, em situações extremas, até mesmo contra a lei, pode o juiz, calcado nos deveres de proteção a que se acha submetido, intervir no sentido de conferir proteção aos direitos fundamentais nas relações entre particulares (2008, p. 141).

Os deveres de proteção geram, portanto, uma obrigação comissiva do Estado, à falta da qual é possível sua responsabilização civil, desde que configurados os requisitos para tal. Boa parte da doutrina tem entendido que, embora se fale de responsabilidade objetiva para o Estado, por força do artigo 37, §6º da Constituição Federal, em casos de responsabilização

por omissão, é necessária a comprovação de dolo ou culpa, podendo esta ser genérica (sem necessidade de individualização). A esta corrente se filia Maria Sylvia Zanella di Pietro, cujo entendimento é de que, embora a responsabilidade seja subjetiva nesses casos, o Estado possui presunção relativa de culpa.

Outra característica importante da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é sua eficácia irradiante, porquanto, na lição de Daniel Sarmento (2010, p. 124):

os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o judiciário.

5 TERORIA DA NÃO INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais sujeita o Estado a prestações decorrentes desses direitos. Esta é uma concepção de cunho liberal, pois tem como objetivo proteger o indivíduo da força do Estado, e impedir sua intervenção nas relações particulares quando não for estritamente necessário. A teoria da não incidência tem como base a autonomia privada. Para seus defensores, os direitos fundamentais tem eficácia apenas vertical, vinculando o poder estatal. Quanto às relações privadas, estas se regem por regras contratuais, de acordo com a vontade das partes, respeitando sempre o *pacta sunt servanda*.

Esta teoria é minoritária na doutrina brasileira, e não é utilizada pela corte constitucional. Nos Estados Unidos, criou-se a doutrina do *state action*. Naquele país, não é reconhecida a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, porém o julgador deve analisar em quais momentos o particular está se revestindo de atividade estatal. Dessa forma, quando um agente privado exerce atividade típica de Estado, haverá a incidência dos direitos fundamentais.

Exemplo da aplicação do *state action* é o caso *Evans vs. Newton*. O Senador Augustus Bacon deixou em seu testamento um terreno utilizado como parque privado, na cidade de Macon, Georgia, aberto ao público. O testamento impedia a entrada de negros no parque, cláusula que foi obedecida pelos administradores do local após sua morte. O caso chegou à Suprema Corte, a qual entendeu que administrar um parque é atividade pública e, portanto, ao proprietário incidem direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, no caso em apreço, a 14ª emenda, que prevê o direito à igualdade.

No caso *Marsh v. Alabama* (326 U.S. 501, 1946), a Suprema Corte, igualmente, alegou a possibilidade de incidência do direito a liberdade de expressão em uma cidade de propriedade de uma empresa. Tratava-se de um terreno que possuía todas as características de uma cidade, mas era de propriedade privada. No caso, o magistrado Hugo Black se pronunciou no sentido de que: “Ownership does not always mean absolute dominion. The more an owner, for his advantage, opens up his property for use by the public in general, the more do his rights become circumscribed by the statutory and constitutional rights of those who use it”.² Além disso, o juiz da Suprema corte ainda salientou que os proprietários de pontes, rodovias com pedágio e ferrovias privadas, por exemplo, não podem ter tanta liberdade para controlar e fazer uso desses bens como um fazendeiro tem com sua fazenda. Uma vez que essas instalações são construídas e operadas primariamente para beneficiar o público, e uma vez que sua operação é essencialmente uma função pública, ela está submetida à regulação pública.³

Portanto, percebe-se que a doutrina do state action evoluiu para diferir da teoria da não incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, de modo que, quando a atividade que o ente particular realiza se adequa à teoria da função pública (*public function theory*), há incidência dos direitos fundamentais.

Não obstante, a questão se alarga quando se tem que definir o que seria a atividade pública. Essa definição é dada caso a caso pela Suprema Corte, havendo, inclusive, decisões bastante discutíveis. Como no caso *Rendell-Baker v. Kohn* (457 U.S. 830, 1982), em que uma orientadora pedagógica de um colégio privado foi demitida por manifestar sua opinião sobre a política administrativa da instituição, e outros cinco trabalhadores foram demitidos por revelarem sua intenção de formar um sindicato. Na decisão, prevaleceu o entendimento de que, mesmo a escola recebendo a maior parte dos seus fundos do Estado (de 96% a 99% do seu orçamento), ela não realizava atividade pública e que, portanto, não estaria sujeita aos direitos fundamentais.

Percebe-se que a teoria do state action abre margem a todo o tipo de abusos, uma vez que o direito contratual nem sempre possui igualdade entre as partes. Nos contratos de adesão, por exemplo, a parte contratante, geralmente mais frágil, não possui meios de discutir as cláusulas, mesmo se houver abuso. Isso restringe, inclusive, o argumento de que se deve

² Em tradução livre: propriedade nem sempre significa domínio absoluto. Quanto mais o proprietário, para vantagem própria, abre sua propriedade para uso pelo público em geral, mais seus direitos se tornam circunscritos pelos direitos estatutários e constitucionais de quem a usa.

³ “Thus, the owners of privately held bridges, ferries, turnpikes and railroads may not operate them as freely as a farmer does his farm. Since these facilities are built and operated primarily to benefit the public, and since their operation is essentially a public function, it is subject to state regulation.”

respeitar a autonomia privada, uma vez que é cerceada a liberdade da parte mais fraca, a qual se vê despida do seu poder de decisão pela imposição da vontade do mais forte.

Ademais, o state action é pautado no pacto federativo, uma vez que apenas os estados tem competência para legislar sobre direito privado. Desse modo, os direitos fundamentais garantidos na Constituição e suas emendas não vinculam os entes privados, a não ser que haja legislação estadual estabelecendo que assim o seja.

A teoria da não incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas é pautada no liberalismo clássico, cuja preocupação é defender os indivíduos dos abusos do Estado. Após a passagem para o Estado Social e eventualmente a chegada do Estado Democrático de Direito, entretanto, o direito procurou evitar excessos também dos particulares nas suas inter-relações. Assim sendo, surgiram as teorias da eficácia mediata e da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

6 TEORIA DA APLICAÇÃO MEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A teoria da incidência mediata (ou indireta) dos direitos fundamentais nas relações privadas foi primeiro divulgada pelo doutrinador alemão Günter Dürig. Essa teoria, embora não negue a eficácia horizontal, preconiza que sua incidência ocorre de maneira indireta, de modo a preservar o direito constitucional à autonomia privada. Essa possibilidade existe, conforme defendem os adeptos dessa concepção, porque “a proteção constitucional da autonomia privada pressupõe a possibilidade de os indivíduos renunciarem a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas” (SARMENTO, 2010, p. 198).

Desse modo, as relações de direito privado se regulam por suas próprias regras, dotando os atores particulares de autonomia para realizarem contratos e manterem relações jurídicas. Inobstante, os direitos fundamentais ainda exercem seu efeito irradiante, servindo de parâmetro interpretativo para as normas de direito privado. Sendo assim, nas palavras de Carlos Wagner (2008, p. 129):

A projeção axiológica dos direitos fundamentais incorporam-se ao mundo das relações interprivadas, dando sentido e conteúdo às cláusulas e aos princípios abertos do direito privado, tais como, por exemplo, a ordem pública, a ao-fé, os bons costumes, a função social, interesse público, abuso de direito, dentre outras expressões de textura semântica fluida e indeterminada.

A teoria da eficácia mediata foi adotada pela Alemanha, a partir da decisão do Tribunal Constitucional Federal no famoso caso Lüth. Nele, um cineasta alemão que havia feito filmes de propaganda antissemita na época do nazismo teve seu filme boicotado. Quem organizou o boicote foi Erich Luth, que era presidente do Clube de Imprensa. Ao se ver deixando de lucrar com o filme “Amada Imortal”, alvo do boicote, a produtora de cinema ingressou com ação para que fosse cessado o boicote. Na primeira instância obteve êxito, com base no artigo 826 do Código Civil em vigência, o qual estabelecia que “Quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano” (SARMENTO, 2010, p. 112).

Inconformado com a decisão, Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional Federal, que a reverteu, considerando que os bons costumes deveriam ser interpretados de acordo com as normas constitucionais fundamentais, as quais representam uma ordem de valores que devem orientar o ordenamento jurídico. Portanto, a norma civil deve levar em conta o direito constitucional à liberdade de expressão, que permite que qualquer indivíduo emita seus juízos em público, inclusive fazendo boicote a um filme. Portanto, a partir do caso Lüth foi reconhecida a eficácia irradiante dos direitos fundamentais.

Para os defensores da teoria da eficácia mediata, “Submeter a atividade dos sujeitos privados aos mesmos vínculos que limitam a ação dos Estado significaria transformar os direitos em deveres, invertendo seu sentido” (ANDRADE, 2006, p. 251).

Alegam, ainda, sobre a impossibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais, que se isso ocorresse, dar-se-ia uma importância exacerbada ao poder Judiciária, uma vez que caberia a ele a aplicação das normas fundamentais nas relações privadas, correndo o risco de ser preterido o direito a autonomia privada.

Por outro lado, aplicando-se a eficácia indireta, a criação das leis deverá levar em conta os diversos direitos fundamentais, como uma ordem de valores, dirimindo os conflitos entre eles na concepção da norma, cabendo, no entanto, ao Judiciário, a interpretação dessas normas consoante os direitos humanos fundamentais, conforme seja o caso.

7 TEORIA DA APLICAÇÃO IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo a teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, estes não necessitam ser intermediados pelo legislador para que incidam sobre as relações privadas. Os direitos normatizados na Constituição com status de fundamentais vinculam o Estado (eficácia vertical) e os particulares (eficácia horizontal). Trata-se de uma teoria que pretende

conciliar a aplicação direta do sistema de valores fundamentais na vida jurídica privada com o direito à autonomia privada. Atribuindo, pois, caráter *erga omnes* aos direitos fundamentais, pretende-se inibir os excessos cometidos pelos poderes privados.

Essa teoria foi idealizada na doutrina alemã por Hans Carl Nipperdey. Ele acreditava que, apesar do trauma dos regimes totalitários que assolaram a Europa, havia igual ameaça de “grupos sociais, que detêm na sociedade de massas uma parcela cada vez maior do poder social e económico” (ANDRADE, 2006, p. 252). Essa teoria, entretanto, não é adotada na Alemanha, prevalecendo, naquele país, a da eficácia indireta.

Já em Portugal, a Constituição de 1976 estabeleceu claramente a aplicabilidade dos direitos fundamentais entre particulares, no artigo 18/1, o qual estabelece que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. No artigo 18/3, a Constituição ainda que os direitos fundamentais devem ser aplicados contra a lei, uma vez que ela não pode “diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.” Em terras portuguesas, portanto, é imperativa a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, embora haja divergência quanto à extensão dessa incidência. Majoritariamente, entende-se que aplica-se a teoria da eficácia direta, como assevera Canotilho (2011, p. 1288):

ao contrário do disposto no art. 1.º/3 da *Grundgesetz* alemã, onde apenas se diz que os direitos fundamentais ‘vinculam os poderes legislativo, executivo e judicial a título de direito diretamente aplicável’, a Constituição Portuguesa consagra inequivocamente a eficácia imediata em relação às entidades privadas (art. 18º/1).

No Brasil e na Espanha, países onde não há previsão constitucional expressa de aplicação imediata dos direitos fundamentais entre particulares, é adotada pela doutrina e pela jurisprudência a teoria da eficácia direta. No segundo país, o entendimento, como explica Daniel Sarmiento (2010, p. 207), foi assetado após um debate processual acerca da possibilidade da utilização do recurso de amparo (instrumento adequado para sanar ou impedir atentado a direito fundamental por parte do Estado) em face de ente privado. Admitida a possibilidade, o Tribunal Constitucional começou a se inclinar na direção da eficácia imediata.

A Constituição brasileira vai muito além dos desígnios do Estado Liberal, contemplando direitos desde os direitos individuais à liberdade e à vida até direitos transindividuais, de terceira dimensão, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art.225 da CFRB/88). Além disso, o art. 5º, §1º garante aplicação imediata das

normas definidoras dos direitos fundamentais. Observando a importância dada pela Constituição aos direitos fundamentais, cláusulas pétreas, fica evidente a possibilidade da aplicação dos direitos fundamentais imediatamente nas relações privadas.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, em alguns julgados, já manifestou sua simpatia à eficácia imediata, aplicando os direitos fundamentais em relações eminentemente privadas, para assegurar, por exemplo a ampla defesa e o devido processo legal. É o caso do RE 128.215/RS, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. O entendimento foi a obrigação da observância do devido processo legal e da ampla defesa para excluir de cooperativa associado que descumpra o estatuto. Assim decidiu o Tribunal:

COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa (RE 128.215/RS. Relator: Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 07/06/1996).

Em decisão mais recente, no RE 201819/RJ (Relatora Ministra Ellen Gracie) o STF, no mesmo sentido, decidiu que a União Brasileira de Compositores não poderia excluir sócio sem o contraditório e a ampla defesa. Neste, restou explícita a adesão do Supremo à teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, conforme se pode perceber:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem

jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO (RE 201819/RJ. Relatora: Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 27/10/2006).

Percebe-se, inclusive, que, no referido acórdão, o STF relativizou o direito à autonomia privada, julgando que no caso concreto o direito fundamental ao contraditório era mais significativo. A aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, no ordenamento jurídico brasileiro, parece se assentar conforme o STF vai tomando posições.

Outro julgado em que o STF aplicou a eficácia horizontal foi o RE nº 161.243-6/DF (Relator: Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 19/12/1997), em que uma empresa francesa deixou de aplicar o Estatuto Pessoal da Empresa a um empregado que não era francês, privando-o de vantagens trabalhistas. A empresa apenas aplicava o Estatuto aos empregados de nacionalidade francesa. O Supremo entendeu que o ato da empresa feria o princípio da igualdade, configurando discriminação inconstitucional.

Os Tribunais Superiores também vêm adotando essa teoria em decisões recentes, de modo a consolidar a aplicação da eficácia direta no ordenamento jurídico brasileiro. O TST, em decisão recente, considerou que os princípios do contraditório, da ampla defesa e do

devido processo legal têm incidência nos processos administrativos, para apuração de falta grave, nos conselhos de fiscalização profissional. O acórdão da Segunda Turma institui:

CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA NO CEARÁ. DISPENSA POR JUSTA CAUSA. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (RR 267300-64.2003.5.07.0003. Relator: José Roberto Freire Pimenta, Segunda Turma, DJ 24/05/2013).

É de se destacar, portanto, que a incidência direta dos direitos fundamentais não deve ser observada sempre em detrimento da autonomia privada. Afinal, as relações particulares se fundam na *pacta sunt servanda*. A aplicação irrestrita dos direitos fundamentais nas relações privadas, sem analisar os contratos e as situações fáticas, seria uma fórmula de extinção da autonomia privada, atentando com o direito fundamental à liberdade.

Desse modo, há que se utilizar na ponderação e da razoabilidade nos julgamentos em que estejam em embate a autonomia privada e um direito fundamental diverso. Os direitos fundamentais não são absolutos, eles podem ser relativizados e ponderados com outros valores essenciais ao Estado Democrático de Direito.

A interpretação constitucional não comporta submissão de um direito a outro. No ordenamento, quando se tem uma norma hierarquicamente superior a outra, aí sim, fala-se em subsunção. A norma superior engloba a norma inferior. Tal se dá com conflitos entre as normas constitucionais e as leis infraconstitucionais. Entretanto, quando se fala em conflitos entre direitos constitucionalmente assegurados, tais como o devido processo legal, em exemplo, e liberdade contratual, há que se resolver ponderando os valores constitucionais.

A ponderação, nesse caso, corresponde a um processo interpretativo de três etapas (BARROSO, 2009). A primeira etapa consiste na localização das normas pertinentes à resolução do caso. Havendo conflito entre as normas, o julgador deverá separar as normas conflitantes em dois grupos opostos. No segundo momento, o intérprete deve analisar o fato concreto e relacioná-lo com as normas aplicáveis no conflito. A terceira etapa consiste no processo decisório, em que o julgador irá analisar os fatos e suas consequências, bem como os grupos de normas, concomitantemente, sopesando-os de modo a atribuir intensidade maior a um grupo, que será aplicado na proporção razoável ou em prejuízo do outro. O intérprete, por conseguinte, deverá utilizar, na análise do processo de ponderação, o princípio da proporcionalidade.

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão sobre a licitude da quebra de sigilo de correspondência em que o réu era acusado de falsificação de documento público e corrupção passiva, aplica a ponderação entre os direitos fundamentais (HC 97336/RJ. Relator: Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 02/08/2010). O acórdão salienta que os direitos fundamentais, por serem essenciais ao princípio democrático, não podem servir de base para a impunidade. No caso em apreço, o STJ aplicou a ponderação, afirmando que um direito fundamental não pode sobrepor outro, devendo eles, ao contrário, coexistir. Havendo conflito entre eles, “deve o magistrado buscar o verdadeiro significado da norma, em harmonia com as finalidades precípua do texto constitucional, ponderando entre os valores em análise, e optar por aquele que melhor resguarde a sociedade e o Estado Democrático.”

Tem-se, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro comporta a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, os quais tem aplicabilidade imediata, conforme disposição constitucional. O Supremo Tribunal Federal, em especial a Segunda Turma, vem aplicando esta teoria no caso concreto, de modo que as relações interindividuais não estão isentas da incidência dos direitos fundamentais. Quando aplicados nas relações privadas, os direitos fundamentais não devem sobrepor indiscriminadamente o direito à liberdade contratual e autonomia privada. O julgador deve, pois, utilizar a técnica da ponderação, de modo a adequar ao caso concreto a norma de incidência preponderante, segundo o princípio da proporcionalidade.

8 CONCLUSÃO

A evolução do Estado brasileiro levou à evolução no reconhecimento da essencialidade dos direitos fundamentais. No entanto, no ordenamento nacional, houve tremendo retrocesso devido a dois regimes antidemocráticos, quais sejam, o Estado Novo e o governo militar. Após vinte e um anos de ditadura, o Brasil finalmente teve uma Constituição democrática, com um imenso e exemplificativo rol de direitos e garantias.

A Constituição Federal de 1988, embora não tenha afirmado expressamente a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, deu substratos para a inferência dessa possibilidade. O direito brasileiro caminha para o reconhecimento dos direitos fundamentais tanto no âmbito vertical como no horizontal.

O Supremo já deu mostras de que a incidência dos direitos fundamentais é imediata entre particulares. Nesse sentido a Segunda Turma tem sido veemente, proferindo diversas decisões em que preteriu a autonomia privada por um direito mais relevante no caso concreto.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais possibilita esse entendimento. Como se trata dos valores mais essenciais da sociedade, não se pode excluir de sua área de atuação a esfera privada. Portanto, os direitos fundamentais vinculam os atores públicos e privados. Além disso, eles possuem efeito irradiante, guiando a interpretação do ordenamento jurídico nacional.

É de se ressaltar, no entanto, que em outros países aplicam-se outras teorias. Não é prudente crer que a eficácia direta será utilizada nos ordenamentos estrangeiros. Há países com fortes tendências liberais, em que a proteção da autonomia privada se sobressai a direitos constitucionalmente concebidos.

A teoria da não aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas é a que mais acentua essa necessidade de proteger a autonomia privada. Mas de permitir tantos abusos, não é de grande aceitação. Até nos Estados Unidos, país símbolo do liberalismo, esta teoria foi relativizada. As que entidades que realizam atividade considerada função estatal devem obedecer os direitos fundamentais. A doutrina do state action é controversa, porquanto a determinação da atividade estatal contemplada pela teoria é imprecisa e subjetiva. Os tribunais definem a função pública no caso concreto, proferindo decisões que geram estranheza aos defensores da eficácia horizontal.

No meio-termo entre a não aplicação e a aplicação direta está a teoria da eficácia mediata. Para incidirem nas relações particulares, os direitos fundamentais passam por ação legislativa. É também uma forma de impedir que a autonomia privada seja sacrificada, deixando para o legislador a incumbência de observar os direitos fundamentais.

Por fim, a eficácia horizontal imediata consagra de maneira basilar a importância dos direitos fundamentais. Trata-se das normas essenciais do ordenamento jurídico, sem as quais ele perderia o sentido. Sua aplicação imediata atesta seu valor. O direito à autonomia privada não é mais importante que o direito à igualdade. Devem ser ambos respeitados, mas com o entendimento de que nenhum é absoluto. A depender do caso concreto, sua aplicabilidade irá variar conforme determine o processo de ponderação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. Teoria Geral do Estado. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 97336/RJ. Relator: Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 15/06/2010 pela Quinta Turma. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=10726517&sReg=200703052501&sData=20100802&sTipo=5&formato=PDF. Acessado em 22/04/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ. Relator: Ayres Britto. Julgado em 05/05/2011 pelo Tribunal Pleno.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277LF.pdf> - Acessado em 31/03/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 161.243-6/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgado em 29/10/1996 pela Segunda Turma. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000105588&base=baseAcordaos>, acessado em 17/04/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 201819/RJ. Relatora: Ellen Gracie. Julgado em 11/10/2005 pela Segunda Turma. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000007697&base=baseAcordaos>. Acessado em 15/04/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 128.215/RS. Relator: Marco Aurélio. Julgado em 30/04/1996, pela segunda Turma. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28158215%2ENUM%2E+OU+158215%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/blmphpk>. Acessado em 15/04/2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 267300-64.2003.5.07.0003. Relator: José Roberto Freire Pimenta. Julgado em 15/05/2013, pela Segunda Turma. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/consulta-unificada>. Acessado em 22/04/2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2012.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Marsh v. Alabama, 326 U.S. 501 (1946). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/326/501>, acessado em 05/04/2014.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Rendell-Baker v. Kohn, 457 U.S. 830 (1982). Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/513bv.pdf>, acessado em 17/04/2014.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. A eficácia dos direitos fundamentais nos contratos civis e de consumo: uma teoria contratual baseada na colisão dos direitos ou bens constitucionalmente protegidos. Natal, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume IV / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Volume IV: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2009.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Podivm, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional/Gilmar Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. São Paulo: Saraiva, 2009.

PORTUGAL. Constituição (1976). Constituição da República Portuguesa, 1976.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas*. São Paulo: Atlas, 2011.